

SOBRE LA POSESIÓN DEL *SEQUESTER*

P O R

JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN

Universidad Complutense de Madrid

1. OBJETO DE ESTE TRABAJO

La celebración del vigésimo aniversario de los *Seminarios Complutenses* constituye una preciosa oportunidad para volver a hojear los numerosos volúmenes que han precedido a éste; en ellos se recogen las apasionantes jornadas de trabajo en las que expertos internacionales en Derecho Romano —y de otras muchas áreas— han compartido los resultados de sus investigaciones con los miembros del Departamento de Derecho Romano de la Universidad Complutense, y con quienes en cada momento nos han acompañado. Cada uno de estos encuentros ha constituido, en sí mismo y por separado, un privilegio humano y científico; pero su consolidada reiteración a lo largo de estos últimos veinte años los ha elevado ya al rango de una venerable costumbre.

Y es precisamente el grato recuerdo de una de esas sesiones de trabajo lo que me ha llevado a escoger el tema del *sequester* para mi aportación a este volumen-aniversario: hace ya algunos años, los compañeros del Departamento tuvimos la oportunidad de asistir a una enjundiosa —y sorprendente— intervención del profesor Nicosía¹, tras la cual se discutió una cuestión que se suele considerar probada y exenta de toda duda, pero que esconde una interesante problemática: la de la pretendida posesión pretoria del secuestrario.

La interpretación textual de Nicosía le llevaba a negar la pose-

¹ Llevaba por título «La pretendida posesión del secuestrario», y fue publicada en el volumen XI de los *SCDR* (1999), págs. 65-81.

sión pretoria del *sequester* y, en consecuencia, a excluirlo de la categoría de los llamados «poseedores anómalos». De ser acertada su conclusión, estaríamos ante uno de esos casos en que la opinión mayoritaria llevaría tiempo fosilizada, sin que posteriormente se hayan dado investigaciones enderezadas a redescubrir y valorar los argumentos que llevaron a su cristalización². Es ésta, por tanto, una buena ocasión para revisar estos argumentos y recoger el guante científico lanzado —desenfadada y caballerosamente, eso sí— por Nicosia³.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nicosia desarrollaba una idea de Aricò Anselmo⁴, que a su entender había pasado injustamente desapercibida. La idea en cuestión es la siguiente:

Como es sabido, el secuestratario se cuenta, junto con el precarista y el acreedor pignoraticio, entre los tres casos de posesión «anómala» o «especial», un estado posesorio intermedio entre la mera *naturalis possessio* y la *possessio ad usucapionem*, y que se caracteriza por la protección interdictal que el pretor le otorga; de ahí que los intérpretes la denominen también «*possessio ad interdicta*» o «posesión pretoria».

De estos tres, el caso del *sequester* es especialmente interesante, puesto que las fuentes lo describen como una de las aplicaciones del depósito, y en este contrato, como es sabido, no se confiere la posesión al depositario, sino sólo la detentación. Así, dentro de la regulación general del *depositum*, el secuestro supone un caso excepcional, que es hoy aceptado por la doctrina dominante entre los casos de posesión pretoria⁵.

² «La progresiva simplificación a la que en los últimos decenios se ha sometido la cuestión», como advertía el mismo NICOSIA (*op. cit.*, pág. 65).

³ La primera versión inédita de este estudio fue defendida por el autor como tercer ejercicio de su Habilitación Nacional.

⁴ En su trabajo «Sequestro *omittendae possessionis causa*», en *Ann. Pal.* 40 (1988), págs. 215-341; recensión del propio NICOSIA en *IVRA* 40 (1989), págs. 85-89. Si bien la autora toca la cuestión de la posesión del secuestratario al hilo de una investigación mayor, referida al *iudicium communi diuidundo*, Nicosia se centra en el problema en concreto que ahora nos ocupa.

⁵ ARICÒ, *op. cit.* pág. 233, nt. 35, explica que la teoría está tan difundida, que para confeccionar un *status quaestionis* compensa enumerar los pocos que no la

Las razones histórico-jurídicas que se han aducido para justificar la especial posición de estos poseedores se podrían resumir del siguiente modo: en cuanto al poseedor que obtuvo el bien mediante *precario*, su especial protección se debería a la plena disponibilidad que la concesión le otorga, con lo que se hace más necesario (y práctico) el que la protección de su situación la ejerza directamente el precarista y no un hipotético y lejano titular; por otro lado, es sabido que los estudios de reconstrucción histórico-jurídica de esta figura la ponen en relación con la del vectigalista, cuya situación jurídica se sustentaba también en una posesión interdictal; como es sabido, las circunstancias sociales y económicas que dieron lugar a estas figuras, derivadas de la expansión provincial romana, impidieron la aplicación en estos casos de los instrumentos de protección procesal de la propiedad.

En cuanto al *acreedor pignoraticio*, la protección interdictal se explica por la especial presión que el *creditor pignoris iure* ejerce sobre el *debitor* propietario, y cuya efectividad quedaría sin contenido de no existir dicha protección pretoria. De hecho, si se piensa en el *pignus* como evolución de la antigua y rígida *fiducia cum creditore* (en la que se transfería al acreedor la propiedad del bien dado en garantía), se entiende la amplitud de poderes otorgada al *creditor*, el cual por otra parte llegó a poder convertir su posesión en propiedad (*lex commissoria*) durante mucho tiempo. En esta nueva forma de garantía, y dado que el acreedor ya no dispone de la propiedad, se le protege con interdictos incluso frente a quien la ostenta.

siguen; en este sentido, se debe citar la escuela que, desde SAVIGNY (*Das Recht des Besitzes*⁷, ed. revisada por Rudorff, Viena 1865, pág. 303), considera que la posesión se transmite o no en función de la voluntad de las partes, dando más importancia al texto de Juliano que al de Florentino (como luego se verá *infra*), como por otro lado hace también Nicosia. Esta teoría fue seguida por los pandectistas (p. ej. MÜHLENBRUCH, VANGEROW, ARNDTS, PUCHTA). Posteriormente mantuvieron esta interpretación BRUNS, MÜLLER y ARANGIO-RUIZ, y entre los contemporáneos ALBANESE (*Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, págs. 90 s.). SIBER, según la autora, ha quedado aislado, negando en absoluto que el secuestratario sea poseedor en sentido técnico; considera inaceptable su crítica al texto de Florentino, que él considera retocado por los Justinianeos. Dentro de la bibliografía sobre el tema, creo que debe destacarse, por la abundancia de materiales y la riqueza de comentarios, la obra de VOIGT *Vom Besitz des Sequester nach dem Römischen Recht zur Zeit der klassischen Jurisprudenz* (Friburgo, 1885), si bien el autor apoya la opinión tradicional de que el secuestratario es poseedor interdictal.

La posesión del *secuestratario*, sin embargo, tiene una justificación menos clara. Por una parte, su origen es muy inseguro: aunque se habla de un resto histórico del antiguo otorgamiento de la *res* a una de las partes en litigio por parte del magistrado (*uindicias dicere*)⁶, en la doctrina se ha planteado también la posibilidad de un «beschränktes Eigentum» o incluso «relatives Eigentum»⁷, que poco a poco iría limitándose hasta acabar reducida a una posesión con protección pretoria. Por otra parte, se suele aducir una razón de corte meramente práctico para la protección pretoria de este tercero que guarda la *res litigiosa* durante el juicio: es precisamente la imposibilidad de saber cuál de las partes sería la activamente legitimada para ejercer su protección la que otorgaría, de manera provisional, la titularidad del ejercicio de los interdictos al secuestratario⁸. Sin embargo, se ha hecho notar que un rasgo común a todos los poseedores pretorios es que ejercen la protección de la cosa porque disfrutan de una *possessio suo nomine* (o *sibi*), rasgo que aquí no se cumple, puesto que el secuestratario posee en interés de las partes litigantes⁹. Cannata llega más lejos, al entender que ni si-

⁶ Así lo expone NICOSIA, *op. cit.*, pág. 67; véase la bibliografía recogida en KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar 1943, pág. 327, nt. 27. En especial, VOIGT (*op. cit.*, págs. 3 ss.) habla de la evolución del concepto de «secuestro judicial» en las fuentes, tanto literarias como jurídicas, y de la desaparición y posterior reconfiguración de esta figura al hilo de la evolución del derecho procesal.

⁷ Vid. KASER, *Römisches Privatrecht I*², Múnich 1971, pág. 389, nota 37; y «Zum römischen Fremdbesitz», ZSS 64 (1944), pág. 394, donde propone la siguiente evolución: el *sequester* sería un caso similar al del acreedor pignoraticio, y se puede suponer que también él disfrutó de un «relatives Eigentum», que le permitía defender la cosa e incluso vindicarla de terceros (la misma que tendría el fiduciario *cum amico*, *uid.* pág. 389). Una vez que se consideró la propiedad como única y exclusiva («absolutes Eigentum»), al secuestratario no le quedó sino la posesión interdictal. No obstante, Kaser advierte aquí que no hay manera de probar esta teoría con base en fuente alguna. El problema, en general, también en *Eigentum...*, pág. 327, nota 27.

⁸ Así KASER, RPR I², pág. 389; CANNATA (*Corso di Istituzioni di Diritto Romano I*, Turín 2001, p. 236) afirma directamente que el hecho de que el *sequester* sea poseedor interdictal es algo «*assolutamente indispensabile*». Ya VOIGT (*op. cit.*, pág. 68), junto a su detallado análisis de las fuentes, decía también que: «Der Besitz des Sequesters stellt sich danach als ein selbstständiger, lediglich auf positiver Vorschrift der Rechtsordnung basierter, von derselben *aus Utilitätsgründen* zugestandener und durch Besitzergründung seitens des Sequesters selbst herbeigeführter dar».

⁹ En este sentido ARICÒ, *op. cit.*, págs. 240-241; la teoría del interés la remite, por todos, a ALBANESE, *Le situazioni possessorie...*, pág. 36.

quiera posee *alieno nomine*, ya que no se sabe para quién está guardando la cosa¹⁰.

En estas condiciones y dadas las diferencias entre los tres poseedores «anómalos» en cuanto a su origen y función jurídica, se hace imprescindible acudir a las fuentes, para comprobar si su inclusión dentro del grupo de los poseedores pretorios está justificado con base en los textos jurídicos.

3. TESTIMONIOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A LOS POSEEDORES «ANÓMALOS»

A través de una primera exégesis, podemos comprobar en primer lugar que la *possessio* del *precarista* está atestiguada expresa y categóricamente; además, su mención específica en la llamada «cláusula de posesión viciosa» de los interdictos posesorios atestigua la legitimación del *precarista* para ejercerlos contra todos los terceros excepto, como es lógico, frente al *precario dans*:

Qui precario fundum possidet, is interdicto Vti possidetis aduersus omnes, praeter eum, quem rogauit, uti potest.

Pomp. 23 ad Sab., D. 43, 26,17

Si (...) precario possessionem nactus quis, postea furere coeperit, et possessio, et causa eadem durat (...), quemadmodum interdicto quoque Vti possidetis furiosi nomine recte experimur eius possessionis nomine.

Paul. 32 ad Sab., D. 41,3,31,4

Si el primero de los textos afirma la posesión interdictal del *precarista* sin ambages (pues puede usar el interdicto *Vti possidetis aduersus omnes, praeter eum, quem rogauit*), el segundo confirma este principio explicando que se pueden ejercer los interdictos en nombre del *precarista* incluso si éste ha perdido su capacidad jurídica (*furere coeperit*), mientras dure su posesión.

Por otra parte, los textos jurisprudenciales realzan también el carácter especial («anómalo») de la posesión concedida al *precarista*, que si bien es distinta a la detentación, no tiene más efectos

¹⁰ Vid. CANNATA, *Corso I*, p. 236. Sobre las definiciones del negocio de sequestro en las fuentes jurídicas y literarias, véase VOIGT, *op. cit.*, págs. 11 ss.

que la protección interdictal: expresamente se afirma en los textos que su *possessio* nada tiene que ver con la *possessio ad usucapionem*. Véanse al efecto los siguientes textos de Paulo y Juliano:

Si rem alienam bona fide emeris, et (...) precario rogaueris, (...) usucapio tua interpellabitur.

Iul. 44 dig., D. 13,7,29

Qui, cum pro herede uel pro emptore usucaperet, precario rogauit, usucapere non potest.

Paul. 32 ad Sab., D. 41,4,6 pr

En ambos textos se describen, sin ningún género de duda, los efectos de la posesión del precarista: si un poseedor de una cosa *pro emptore* o *pro herede* solicita la posesión de la misma como precarista, automáticamente se interrumpe la usucapión, puesto que la posesión del precarista y la del *possessor ad usucapionem* son netamente diferentes. Se trata, obviamente, de que el que solicita la posesión de un bien en precario está implícitamente reconociendo que el bien es ajeno, y que por lo tanto, su posesión no se funda en la *bona fides* necesaria para usucapir válidamente.

Por lo que respecta al *accedor pignoraticio*, de nuevo encontramos numerosos textos en los cuales se alude a la posesión que se le otorga, y que a pesar de las amplias facultades que conlleva, es diferente a la *possessio ad usucapionem*. Véase, a estos efectos, el siguientes texto de Juliano:

*Qui pignoris causa fundum creditori tradit (...) per diutinam possessionem capiet (...) cum possessio creditoris non impediat <usu>captionem*¹¹.

Iul 13 dig., D. 41,2,36

Juliano explica que el otorgamiento de la posesión de un fundo al *accedor pignoraticio* no implica la interrupción de la usucapión del mismo por parte del deudor; se trata, por tanto, de dos tipos de posesión compatibles y con efectos diferentes.

Por si quedara alguna duda, un último y categórico ejemplo:

¹¹ *Capionem* en el texto de la edición de Mommsen-Krüger; *usucapionem* corregido en la Florentina por una segunda mano.

Pignori rem acceptum usu non capimus...

Paul. 5 ad Plautinium, D. 41,3,13 pr.

Los textos nos hablan, por tanto, de una *possessio* del acreedor pignoraticio y de otra diferente, *ad usucapionem*, del deudor.

Sin embargo, si queremos incluir también al acreedor pignoraticio entre los poseedores *ad interdicta* necesitamos apoyo textual para poder afirmar que esta posesión del acreedor pignoraticio es algo más que una mera detentación, y que está protegida por los interdictos pretorios, como palmariamente afirman los textos en relación con el precarista. De hecho, textos como el siguiente que les propongo comentar podrían llevarnos a pensar que la posesión del acreedor pignoraticio no es más que una detentación, sin más efectos jurídicos:

Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est; si creditor eius possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio; et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid deposuit, uel commodauit, quos palam est desinere usucapere, si commodata uel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum uel depositum accepit. Plane si creditor nuda conuentione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseuerauit.

Iul. 44 dig., D. 41,3,33,4

En efecto: como ya hemos visto *supra*, el poseedor *ad usucapionem* mantiene su posesión aunque la cosa esté en manos del acreedor pignoraticio; de nuevo, dos posesiones diferentes y compatibles. Sin embargo, advierte el jurista, si un tercero entra en posesión de la cosa, la usucapición se interrumpe; en este caso sí se aprecia que el usucapiente ha perdido su posesión. Y añade: en relación con este efecto de interrupción, la situación sería similar si el que entregara el bien a un tercero fuese comodatario o depositario. Esta similitud entre la posición del acreedor pignoraticio y la del comodatario o depositario nos podrían hacer pensar que la posesión del primero no es interdictal pues, como es sabido, la del comodatario y la del depositario no es más que *possessio naturalis*, es decir, mera detentación.

Pero el apoyo textual para la posesión interdictal del acreedor pignoraticio existe. Comencemos con el siguiente texto:

Per seruum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Iulianus ait: ad unam enim tantum causam uideri eum a de-

bitore possideri, ad usucapionem; nec creditori, quia nec stipulatione, nec ullo alio modo per eum adquirat, quamvis eum possideat.

Paul. 54 ad ED., D. 41,2,1,15

Paulo explica que un *dominus* no adquiere la posesión de los bienes que su esclavo adquiere, si lo ha entregado en concepto de *pignus* a un acreedor. Así, mientras esté en posesión del acreedor pignoraticio, no podrá poseer por medio de su esclavo. Este principio, que normalmente se fundamenta en el hecho de que el *dominus* entra en posesión de los bienes a través de su *seruus* sólo si éste se encuentra bajo su potestad, es explicado por Paulo desde otro punto de vista, refiriendo una afirmación de Juliano: que el deudor pignoraticio «*ad unam enim tantum causam uideri eum a debitore possideri, ad usucapionem*». ¿Qué importancia tiene esta afirmación para el problema que nos ocupa? Pues el hecho de que en estos mismos términos se expresa el jurista Javoleno en otro fragmento, justo en el texto que constituye el apoyo necesario para poder afirmar la posesión interdictal del acreedor pignoraticio:

Serui nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet; adeo ut adiici possit et possessio eius, qui pignori dedit.

Iav., 4 ex Plautio, D. 41,3,16

En este texto se plantea quién es el legitimado pasivo cuando se quiere ejercitar una *actio ad exhibendum* para identificar a un esclavo entregado en *pignus*. Javoleno opina que se debe actuar contra el acreedor que tiene la posesión del esclavo, pues el deudor «*ad usucapionem tantum possidet*»; esta afirmación está formulada de modo similar a la que veíamos en el texto previo: «*ad unam enim tantum causam uideri eum a debitore possideri, ad usucapionem*». El acreedor, por su parte, posee «*quod ad reliquas omnes causas pertinet*», como expresa Javoleno. Si entre esas causas se encuentra, como vemos por el texto, la legitimación procesal para la defensa de la cosa poseída por el acreedor en concepto de *pignus*, es obvio que se trata de una posesión cualitativamente diferente a la mera detentación, y se le puede considerar, por tanto, poseedor pretorio. No obstante, al no contar con una referencia directa y clara en este caso, como sí sucedía con el precarista, nos vemos obligados a una más ardua tarea deductiva.

Y si esto es así en el caso del acreedor pignoraticio, mucho más difícil es en el del *secuestratario*: tendríamos que comprobar, ahora, la base textual que apoya la suposición de que el secuestratario también se cuenta entre los poseedores *ad interdicta*; pero al realizar una búsqueda en los textos jurisprudenciales, nos encontramos con una sorpresa: a diferencia del precarista y el acreedor pignoraticio, que en cualquier caso cuentan con una base textual amplia, ¡sólo *dos* textos aluden a la posesión del secuestratario! Y lo que es más inquietante: a pesar de lo que en los manuales suele darse por hecho, una exégesis detallada revela que ni siquiera en esos dos textos se da una idea categórica y expresa, como en los otros casos ya vistos, de la efectiva posesión pretoria del secuestratario.

4. OMISIÓN DE LA POSESIÓN DEL SEQUESTER EN LOS TEXTOS

Pero antes de pasar a analizar estos dos únicos textos (cuyo estudio constituirá el centro de la discusión en este trabajo), se debe hacer referencia a otro dato que es tan sorprendente como sugestivo:

Existen diversos textos en las fuentes en los cuales se trata la posesión pretoria, y en ellos aparecen siempre juntos, como era de esperar, los llamados poseedores anómalos: el precarista, el acreedor pignoraticio... ¡pero nunca el secuestratario! Los siguientes textos son un ejemplo de esta constatación:

Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium; namque pignoraticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium; illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogauit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.

Gai. 7 ad Ed. Prou., D. 6,2,13,1

Is, qui pignori accepit, uel qui precario rogauit, non tenetur noxali actione; licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident; sed hos quoque in potestate domini intelligi, si facultatem repetendi eos dominus habeat

Paul. 8 ad Ed., D. 9,4,22,1

En estos dos textos se diferencia al poseedor pretorio del poseedor a título de dueño, ya que a este último se le protege por la acción Publiciana (texto de Gayo), o se le legitima pasivamente en los juicios noxales (texto de Paulo), lo que no sucede en el caso del poseedor pretorio. Pero en lo que a este estudio atañe, lo importante es ver cómo aparecen siempre el «[creditor] qui pignori accipit», junto a «qui precario rogauit», y que no se menciona en absoluto la supuesta posesión del *sequester*. ¿Y por qué es esto así, si su posesión, según se cree hoy, tenía las mismas características, por otro lado excepcionales?

5. CRÍTICA DE NICOSIA A LOS DOS TEXTOS FUNDAMENTALES

A la vista de la diferencia de tratamiento que las fuentes dedican al secuestratario frente a los otros dos poseedores pretorios, y sobre la base de la exégesis de los dos únicos textos que aluden a la posesión del *sequester*, Nicosia ofrece una interpretación que dinamita la opinión tradicional: el *sequester* nunca habría tenido una posesión privilegiada, sino que habría sido un mero detentador, como todos los depositarios.

Así las cosas, se hace necesario acometer la exégesis de los dos textos mencionados, que resultan claves para aclarar la cuestión. Los fragmentos, de Juliano y Florentino, son los siguientes:

Rei depositae proprietates apud deponentem manent, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est, nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat

Flor. 7 inst., D. 16,3,17,1

Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur res; nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet; at si custodiendae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem uictori procedere constat

Iul. 2 ex Minicio, D. 41,2,39

Tradicionalmente, la doctrina comenta primero el texto de Florentino, pues es en el que directamente se puede leer «*sequester possidet*» —y que por tanto constituye el fundamento principal de

la suposición de la posesión pretoria del secuestratario—, y a partir de él se interpreta el de Juliano. Nicosia propone, por el contrario, comenzar por el segundo de ellos —«para obtener una conclusiones autónomas», afirma¹²— y sólo después confrontarlas con la información del famoso texto de Florentino.

a) Veamos, por tanto, el primero de los textos según el orden exegetico que propone Nicosia: lo que se aprecia en una primera lectura del fragmento de Juliano es que el jurista subraya la diferencia entre el secuestro que se realiza «*omittendae possessionis causa*» y «*custodiae causa*». Qué signifiquen estas expresiones, dejémoslo para el análisis posterior; de momento se puede constatar a partir del texto que en el primer caso, cuando las partes litigantes entregan la cosa litigiosa *omittendae possessionis causa*, el efecto que se produce es la interrupción de la usucapión; en el segundo, por el contrario, cuando se entrega la *res litigiosa* «*custodiae causa*», la usucapión prosigue y favorece al vencedor final del proceso.

¿Como interpreta Nicosia este fragmento? Para el romanista siciliano, se debe destacar en primer lugar que *en ningún momento* dice Juliano que al *sequester* se le entregue una posesión privilegiada: no sólo se dice sin más que «*apud sequestrum deponitur*», lo cual es sinónimo (en todos los textos que aluden al depósito) de mera detentación, sino que además el grado de efectividad de la posesión del secuestratario no depende, sin más, de que se constituya un secuestro, sino de «*qua mente*», «con qué intención», se entrega la cosa. Si se hace *custodiae causa*, estamos ante un simple depósito¹³; en el otro caso, se habla de «*omittere possessionem*», es decir, se habla de una posesión que se interrumpe, *no de una que se entrega*. Y advierte de una precisión terminológica: cuando en el texto se habla de «*possessio eius*», el pronombre es un genitivo objetivo que se refiere a la *res deposita*, no a la «posesión del *sequester*», como se debería traducir si fuese un genitivo subjetivo¹⁴.

Por otra parte, prosigue Nicosia, los diversos efectos de la entrega no parecen depender de una diferente situación posesoria del secuestratario: parece más bien que los efectos del secuestro dependen de la intención de las partes («*qua mente... deponitur res*»),

¹² NICOSIA, *op. cit.*, pág. 71.

¹³ Y por tanto, que no necesita ser «*aperte approbatum*»; NICOSIA, *op. cit.*, pág. 71; ARICÒ, *op. cit.*, pág. 274 y ss., estudia con detalle esta expresión y la declara sospechosa.

¹⁴ NICOSIA, *op. cit.*, pág. 73.

y tienen importancia tan sólo en cuanto a la interrupción de la usucapión¹⁵. Si la distinción entre *omittendae possessionis causa* y *custodiae causa* fuese la diferente situación posesoria del secuestratario, Juliano lo hubiera advertido (máxime si se piensa que sería un caso excepcional dentro del depósito), y hubiera basado en eso su distinción¹⁶.

Por fin, el autor italiano llama la atención sobre la inusual expresión «*omittere possessionem*», que no significa «entrega de la posesión», puesto que dicho concepto aparece en las fuentes como «*possessionem ad alium (o alicui) transferre*»¹⁷. Nicosia interpreta que Juliano, al usar *omittere possessionem*, está utilizando conscientemente una proposición alternativa a *transferre possessionem*, y que, por consiguiente, está expresamente evitando decir que se transfiera la posesión al secuestratario: ello no sería necesario si lo único que se pretende, como parece decir el texto, es interrumpir la usucapión durante el proceso. Nicosia no ve una razón lógica para que sea necesario transferir la posesión al secuestratario, a partir de los razonamientos de Juliano¹⁸.

b) Las posibilidades de encontrar un apoyo textual claro a una supuesta posesión interdictal del secuestratario se reducen ya, según Nicosia, a un solo texto, el de Florentino:

Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est, nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat

Flor. 7 inst., D. 16,3,17,1

¹⁵ Así ARICÒ, *op. cit.*, pág. 261: lo que se decide con la «*mens*» es el *tipo de secuestro*; luego, según sea el secuestro, tendrá unos efectos u otros en cuanto a la usucapión. La interpretación de que la transferencia posesoria se realiza sólo si lo desean las partes (sin ser, por tanto, un efecto automático del secuestro), se remonta a ACURSIO: «*Rei sequestratae de partium voluntate perditur possessio, nisi causa custodiae sequestretur*» (sobre el texto *uid. VOIGT, op. cit.*, págs. 42 ss., especialmente sobre su recepción en DUARENO). En esta línea, por ejemplo, FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO SERRANO, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*⁶, Madrid 2005, § 27.3: el secuestratario es sólo poseedor cuando así lo deciden las partes.

¹⁶ NICOSIA, *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁷ NICOSIA, *op. cit.*, *ibidem*; ARICÒ, *op. cit.*, pág. 262.

¹⁸ NICOSIA, *op. cit.*, págs. 73-74.

Como en el caso anterior, hagamos una primera lectura rápida: en la primera proposición, Florentino explica que el deponente conserva no sólo la propiedad, sino también la posesión, salvo en un caso: cuando «*deposita est*» al secuestratario. La segunda proposición, introducida por la partícula *nam*, explica este caso excepcional del depósito con una enjundiosa frase: «*tum demum sequester possidet*», «sólo entonces posee el secuestratario», algo que sin duda nos interesa. Por fin, el jurista concluye explicando, mediante la partícula *enim*, que el objetivo de este depósito excepcional es que el tiempo de usucapión no beneficie a ninguna de las partes.

Como se puede ver, parece que al fin tenemos un testimonio de la posesión del secuestratario: claramente, el jurista afirma «*sequester possidet*», tras decir que es el único caso de depósito en el cual la posesión se «deposita»¹⁹. Éste es, por tanto, el único texto en que se ha podido basar tradicionalmente la doctrina para incluir la posesión del *sequester* al mismo nivel que la del precarista o el acreedor pignoraticio²⁰.

Sin embargo, la interpretación que hacía Nicosia del texto de Juliano parecía indicar lo contrario: el secuestratario no posee, pues normalmente se le entrega la cosa sólo *custodiae causa*, y era sólo en el caso de la *omissio possessionis* cuando se producía la interrupción de la usucapión de los litigantes, pero sin transferencia alguna de la posesión al secuestratario. ¿Cómo entender entonces que ahora Florentino afirme que de modo general el secuestratario posee?

Veamos la explicación que ofrece Nicosia²¹:

¹⁹ Ya que así se ha entendido, desde SAVIGNY, la locución «*deposita est*»; verbo en pasiva con sujeto «*possessio*», y no «*res*»; *uid.* NICOSIA, *op. cit.*, pág. 77, que comenta que Savigny interpretaba así el texto apoyándose en DUARENO; sobre esto ver también VOIGT, *op. cit.*, págs. 45 y ss., si bien el autor llega por su parte a la conclusión contraria (*res deposita*), *uid.* pág. 62. ARICÒ, *op. cit.*, págs. 234-235, considera acertada esta interpretación que hacía Savigny. Los que (como KARLOWA, en cita literal) creen que el secuestratario es poseedor, se basan en que en este texto se habla de *depositio rei*; los que, como la autora, no lo creen, se apoyan en la otra interpretación, la de Savigny, cada uno para su propia intención del texto.

²⁰ Véase, en la doctrina internacional y a título de ejemplo, GIMÉNEZ-CANDELA, *Derecho Privado Romano*, Valencia 1999, § 26.4 d); KASER, *RPR I*, *vid. infra partim*; A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, § 470, esp. nt. 2; PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Padua 1991, pág. 439; TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milán 1990, § 103 m).

²¹ Véase NICOSIA, *op. cit.*, págs. 76 y ss.

Para su exégesis, la doctrina suele dividir el texto de Florentino en tres proposiciones correlativas, siendo la segunda explicación de la primera (*nam...*), y la tercera, a su vez, explicación de la que le precede (*enim...*):

[*Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est*]

[*nam tum demum sequester possidet*]

[*id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*]

Nicosia llama la atención sobre el hecho de que si se prescinde de la segunda proposición, el texto de Florentino coincide plenamente con el de Juliano, en que el sentido de que el secuestro tiene sencillamente la función de interrumpir la usucapión de las partes litigantes:

[*Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est*] [*id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*]

La frase, por tanto, que rompe el paralelismo entre este texto y el de Juliano, es la segunda... y es precisamente aquélla donde se dice expresamente que el *sequester* posee. Aquí es donde Nicosia, basándose en todos los indicios textuales que como se ha visto inducían a sospechar que la posesión del secuestratario quizá no fuese tal, sino sólo una conjetura de los intérpretes basada en un solo texto del *Corpus Iuris*, plantea la genuinidad de dicho texto. No llega tan lejos como Aricò Anselmo —que considera directamente espuria toda la segunda proposición²²—, sino que plantea una opción más sencilla: ¿no sería posible que, por un error de transcripción, el copista de la *littera Florentina* nos hubiera transmitido un «*nam*» donde debería decir «*nec*»? Obviamente, Nicosia es consciente de que una interpretación así, que cambia en la fuente una afirmación por una negación, debe estar bien fundamentada. En este sentido, Nicosia aporta dos argumentos: por un lado, el hecho de que las abreviaturas que los copistas usaban para *nam* y *nec* eran muy parecidas, y por tanto fáciles de confundir; por otro, el ejem-

²² Vid. NICOSIA, *op. cit.*, pág. 80; ARICÒ, *op. cit.*, pág. 241, donde resume su conclusión.

plo de otros textos del Digesto donde está demostrado que se ha cometido el mismo desliz²³.

De ser así, este texto no afirmaría la posesión del secuestratario, sino que expresamente la negaría: «*nec tum demum sequester possidet*», dejando por tanto sin base textual a la opinión tradicional, y haciendo a la vez que coincidan todos los textos restantes relativos a la posesión pretoria, en los cuales nunca se cita al secuestratario junto con el precarista y el acreedor pignoraticio²⁴.

²³ El ejemplo que aporta es D. 21,1,65,2 (*Venuleius libro quinto actionum*):

Seruus tam ueterator quam nouicius dici potest. Sed ueteratorem non spatio seruiendi, sed genere et causa aestimandum Caelius ait: nam quicumque ex uenalicio nouiciorum emptus alicui ministerio praepositus sit, statim eum ueteratorum numero esse: nouicium autem non tirocinio animi, sed condicione seruitutis intellegi. Nec ad rem pertinere, latine sciat nec ne: nam ob id ueteratorem esse, si liberalibus studiis eruditus sit.

Y su análisis es el siguiente (NICOSIA, *op. cit.*, pág. 81): «Venuleyo discute los criterios con los que puede distinguirse un *seruus ueterator* de un *nouicius*; en el final del texto se lee: *nec ad rem pertinere, latine sciat, necne: nam ob id ueteratorem esse, si liberalibus studiis eruditus sit*. En la Florentina se lee, indiscutiblemente, *nam*, pero no puede por más que tratarse de un error de transcripción del amanuense; *nam* debe ser leído como *nec*, tal y como han reconocido desde siempre los intérpretes».

²⁴ Merece la pena citar aquí el análisis del texto de Juliano que realiza SIBER («Vorbereitung- und Ersatzzweck der Besitzinterdikte», en *Scritti in onore di Contardo Ferrini con motivo della sua beatificazione*, Milán 1949, págs. 113 ss.): Siber duda de que explicar el efecto de interrupción o no de la usucapación fuese el objetivo del fragmento, ya que para ello era de poca trascendencia práctica la cuestión de la transferencia (o no) de la posesión al secuestratario: la usucapación no se interrumpe por la *litis contestatio*, y tampoco afecta al proceso el hecho de que el demandado complete la usucapación durante el juicio. Probablemente Juliano (¿o Sabino?) se referiría más bien al objetivo de que la posesión del secuestratario no contase como tiempo añadido para el vencedor a efectos del interdicto *utrubi*, alusión que en época justinianeana habría sido borrada, por ser ya extemporánea, dejando el texto difícil de entender, y demasiado categórico («*tum demum... possidet*») respecto a su contexto original. Como plantea Siber, la distinción tendría importancia, porque si un tercero litigara sobre su posesión con el secuestratario, y venciera éste, esto podría acarrearle una segunda demanda mediante *rei uindicatio*. ARICÒ se refiere también al *utrubi* pero no en este sentido (*op. cit.*, pág. 240), sino como otro argumento más que excluye la necesidad de un secuestratario: como el secuestro se constituye sobre muebles, y el *utrubi* sólo versa sobre la posesión, no habría problema para que la cosa fuese defendida frente a terceros por aquel litigante que, propietario o no, fuera poseedor. Desde otro punto de vista, la autora italiana argumenta, además, que no puede haber dos poseedores *ad usucapionem* a la vez que sean litigantes, porque uno (el demandado), lo es, y el otro por tanto no tiene la posesión (págs. 243-244).

6. CRÍTICA A LA TEORÍA DE NICOSIA

Así las cosas, no cabe duda de que la teoría de Nicosia (y, como dije, de Aricò Anselmo) es muy sugestiva, por no decir que rompedora. Pero precisamente por esto último, las críticas no han tardado, llegando en concreto de la mano de Guarino, que en un trabajo del 2001 propone moderación a Nicosia en sus conclusiones²⁵.

Sin embargo, Guarino, que puede tomarse en el marco de esta discusión como un representante de la opinión tradicional²⁶, comienza su crítica de manera sorprendente, dando por ciertas las sospechas de interpolación que alegaba Nicosia: por una parte, está de acuerdo en que el texto de Florentino puede haber sufrido interpolaciones: para empezar, la frase «*et hoc aperte fuerit approbatum*» es una innecesaria reiteración, puesto que ya se alude a la *mens* al principio del texto. Para Guarino, sólo cuando en época postclásica «*mens*» se refiere a la voluntad íntima de la persona es cuando puede hacerse necesario una expresa exteriorización de dicha voluntad; aún así, Guarino deja la puerta abierta a otras interpretaciones en cuanto a este punto²⁷.

Por otra parte, para el autor italiano el problema de la segunda proposición es más grave que un *nam* o un *nec*: toda la frase «*nam tum demum sequester possidet*» debería considerarse interpolada, pues ya se dice en la primera proposición «*nisi apud sequestrem deposita est*»... ¿A qué viene repetir («delimitar», dice Guarino) esa afirmación general? Guarino achaca este comentario al «scarso o affrettato uso del mezzo scrittorio», por el que el copista no se ha fijado en la frase precedente²⁸. En cuanto a «*deposita est*», se niega a aceptar que un jurista de la talla de Florentino configurase la *possessio*, y no la *res*, como objeto del *depositum*²⁹. El texto, para el autor italiano, está gravemente alterado³⁰.

²⁵ Vid. A. GUARINO, «*Depositum in sequestre*», en *Tricoli di bottega* (5), Nápoles 2001, págs. 25 y ss.

²⁶ Así lo afirma el autor expresamente, y remite a la 12.^a edición (2001) de su *Diritto Privato Romano*, n. 36.2 y 75.6); GUARINO, *op. cit.*, pág. 26.

²⁷ GUARINO, *op. cit.*, págs. 26-27.

²⁸ Vid. GUARINO, *op. cit.*, pág. 27.

²⁹ Sobre esta discusión, véase *supra*, pág. , nt. . ARICÒ (*op. cit.* pág. 242) dice que la supuesta *depositio possessionis* sería «in senso non letterale, ma metaforico»; se daría este nombre a un tipo de consignación de la cosa al secuestratario con pacto expreso de que la usucapión no corra para ninguno de los dos litigantes. Sin embargo, ya VOIGT (*op. cit.*, pág. 36) alude a la posibilidad de que tanto *res* como *possessio* actúen como sujetos en la proposición.

³⁰ Vid. GUARINO, *ibidem*.

Pero claro, si el texto de Florentino —que es el único que dice claramente que el *sequester* posee— también está alterado, el mismo Guarino se queda sin fundamento para apoyar la opinión tradicional. ¿En qué se basa, pues, para afirmar la posesión interdictal del secuestratario? En el argumento, fundado solamente en la pura lógica, de que cuando Juliano habla del secuestro *omittenda possessionis causa* está presuponiendo una entrega posesoria tutelada, puesto que de no ser así, un secuestratario sin una posesión protegida constituiría una figura absurda. Al final, con su peculiarísimo estilo personal, Guarino se lamenta de que, si se acepta que la expresión clave «*nam... possidet*» es una interpolación³¹, en una cuestión como ésta debería aplicarse el principio «*unus testis, nullus testis*»... pero añade: «desgraciadamente. (Caramba).»

7. PROBLEMAS METODOLÓGICOS

Estando así la cuestión, las reflexiones que me surgieron tras los *Seminarios* con Nicosia me han llevado al convencimiento (en la medida en que éste sea posible, dado el estado de las fuentes) de que la solución quizá se deba plantear en otros términos.

Vayamos por partes. Para empezar, debo decir que me adhiero fervientemente a dos afirmaciones de Guarino, a saber: en primer lugar, la idea de que la figura del *sequester* lleve aparejada la tutela interdictal parece algo en principio lógico y de acuerdo con la esencia de la institución, independientemente de que se pueda confirmar o no en las fuentes³². Al fin y al cabo, ¿a quién se le otorgaría la legitimación de ejercer un interdicto, si precisamente la razón de que se designe un *sequester* puede ser que el pretor dude seriamente sobre la identidad de su propietario, y por tanto, del legitimado para defenderla? Y precisamente por eso, ¿qué sentido tiene el secuestratario, si no puede defender la cosa en litigio frente a terceros? Ahora bien, esto no puede afirmarse sin más funda-

³¹ Él opta por creer que se trata de una glosa prejustiniana, *uid. op. cit.*, pág. 28.

³² Aunque se puedan intentar ver razones de tipo histórico para una supuesta concesión de la posesión al secuestratario, serían principalmente «*rationalischen Gründe*» las que habrían llevado a los juristas a estimar la necesidad de una protección interdictal al secuestratario; *uid.* KASER, «Zum römischen Fremdbesitz», ZSS 64 (1944), pág. 390; *id. Eigentum...*, pág. 328, nt. 28; para la evolución histórica propuesta por el autor *supra* pág. 4, nt. 7.

mento que una deducción teórica: tiene que haber un apoyo en las fuentes para que la posesión *ad interdicta* del secuestratario pueda afirmarse categóricamente, tal y como, por otra parte, aparece hoy en los manuales.

Pero las fuentes son poco fiables, y éste es el segundo punto que suscribo en los planteamientos de Guarino: independiente de que el autor siga apoyando la supuesta posesión interdictal del secuestratario, es consciente de la dificultad de fundamentarlo en los textos.

Y aquí entramos de lleno en la cuestión de qué metodología aplicar en situaciones como ésta. Guarino, comentando el aviso de Nicosia en cuanto a la probable interpolación de los textos (quien añade: «cosa que hoy, desgraciadamente, se olvida con facilidad»³³), dice que la advertencia es «degni di un giusromanista a quattro stelle»³⁴. En efecto: analizando los textos conforme al afilado criticismo hermenéutico de los dos autores italianos he podido comprobar que, efectivamente, estos dos textos han estado siempre en el punto de mira de los interpolacionistas. Por poner un ejemplo, recordaré que tanto Albertario como Beseler creían que la diferencia que Juliano hace los dos tipos de secuestro (secuestro *omittendae possessionis causa* y secuestro «común») era bizantina en realidad, y que el texto original distinguía entre *depósito* (que otorga la detentación) y una institución diferente, el *secuestro* (que concede la posesión)³⁵. Objetivo de los compiladores habría sido unificar todas estas categorías dentro de una sola, el depósito³⁶, y de ahí que en numerosos textos éstas aparezcan fundidas; no sólo se habla continuamente de «*depositio*» al hablar de secuestro, sino que además la misma denominación de acción revelaría esta reelaboración textual: el secuestro tendría originariamente su acción propia, la *actio in factum sequestrataria*, mientras que en los textos aparece ya sustituida por la *actio depositi*. Sin embargo, en

³³ Vid. NICOSIA, *op. cit.*, pág. 80.

³⁴ Vid. GUARINO, *op. cit.*, pág. 28.

³⁵ Vid. ALBERTARIO, *Studi di Diritto Romano II (cose - diritti reali - processo)*, Milán 1941, pág. 155.

³⁶ ARICÒ ANSELMO, *op. cit.* pág. 218, nt. 3, en contra de estas opiniones, considera probado que en la época clásica, tanto por la terminología (se usa *deponere* cuando se habla de depósito) como en su tratamiento en los comentarios *ad Edictum*, el secuestro era una variedad de depósito; lo cual no obsta para que existieran diferentes variedades en el secuestro (véase además págs. 287 y ss., donde resume todas sus conclusiones del análisis de los dos famosos textos).

alguna ocasión sobrevive la alusión a la acción original (como en D. 4,3,9,3, por ejemplo, donde se habla sin embargo de acción «sequestraria»), mientras que en algún otro caso interpolaciones poco precisas habrían dado lugar a denominaciones híbridas, como en este de texto de Pomponio (22 *ad Sab.*)³⁷:

Cum sequestre recte agetur depositi sequestrataria actione.

D. 16,3,12,2

Opina Albertario que los compiladores habrían incorporado al texto de Juliano una distinción artificiosa entre secuestro que transfiere la posesión y secuestro que no³⁸. Y es que si de verdad esta doble posibilidad existía en época clásica, Florentino no habría incorporado a un libro de Instituciones una aseveración tan categórica como la de que el secuestratario, en todo caso y sin excepciones, posee siempre³⁹.

Beseler, por poner otro breve ejemplo, cree que un secuestratario siempre recibe la posesión tanto *custodiae* como *omittendae possessionis causae*, en contra de Albertario; pero que esto dependa de la voluntad de las partes delata, según dicho autor, una influencia bizantina⁴⁰.

Pues bien, si se acepta que los textos han sufrido interpolaciones, y que por tanto se debe considerar espurio el único texto donde se afirma con claridad la posesión del secuestratario (D.16,3,17,1), entonces me parece que la explicación que Guarino propone como alternativa a la de Nicosia es, si cabe, aún más arriesgada que la de éste, puesto que estaría presuponiendo una situación jurídica en el secuestratario (la de su posesión pretoria) que no aparecería como tal en las fuentes; Nicosia, al menos, se niega a reconocer que exista posesión pretoria alguna mientras no lo atestigüe alguna fuente⁴¹. Bien es verdad que Guarino, aun man-

³⁷ A. D'ORS, *Derecho privado romano*¹⁰, Pamplona, 2004, § 470 nt. 1, opina que el primero de los textos no prueba que la acción fuera conocida de Labeón, y que el segundo demuestra que Pomponio sí la conocía.

³⁸ Vid. ALBERTARIO, *op. cit.*, pág. 155.

³⁹ Vid. ALBERTARIO, *op. cit.*, pág. 157.

⁴⁰ G. v. BESELER, «Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen», en ZSS 66 (1948), págs. 348-349.

⁴¹ Aunque, de todos modos, no puedo obviar las dudas que me surgen ante su propuesta de reconstrucción: en concreto, la supuesta locución «*nec tum deum*», que debe considerarse inaceptable. Cualquier diccionario avanzado que se

teniendo la postura tradicional, admite la difícil realidad de las fuentes, cosa que, como ya se ha visto *supra*⁴² no sucede en la mayoría de los manuales actuales.

En resumen: Aricò considera espuria la frase relativa a la posesión del secuestratario, y por tanto el secuestratario no posee; Nicosia habla de errores de copia, con el mismo resultado exegético; Albertario y Beseler encuentran intervenciones extrañas al texto pero entre ellos hay diferencias en cuanto al grado y la profundidad de la interpolación, llegando a conclusiones opuestas, y Guarino acepta las interpolaciones pero mantiene la teoría tradicional y defiende una posesión interdicial del secuestratario. Como se puede ver, estamos ante uno de esos casos en los que el investigador se topa con un problema de metodología en la exégesis de las fuentes, como decía al principio, pero también con algo más: debe plantearse la cuestión de hasta qué punto dejamos que nuestras construcciones dogmáticas influyan en la interpretación de las fuentes, cuando en puridad debería ser al revés⁴³.

Ante este dilema, creo que se debe optar por la moderación (un *Konservativismus* tamizado por las obvias precauciones derivadas de la delicada transmisión de las fuentes que manejamos), que sin obviar los problemas de crítica textual que las fuentes siempre plantean, intente siempre antes salvar hasta el límite de lo jurídicamente racional la información que estos dos textos nos ofrecen; desde este punto de vista, me apoyo en opiniones como la de Siber, quien, aun considerándolos retocados, estima que el núcleo de

consulte da para *demum* un único sentido positivo («tan sólo»), y nunca negativo («ni siquiera»), como pretende Nicosia. Se trata de una imposibilidad filológica, y no como sucedía en el caso anterior, donde sólo se puede criticar la altura técnica en la expresión (Guarino, de hecho, habla de «latinaccio» [!], en *op. cit.*, pág. 28.). Por otra parte, y en relación con la cuestión de las confusiones de abreviaturas de *nam* y *nec* (véase *supra*, pág.) es verdad que la base común de la abreviatura es una N, pero los caracteres son muy diferentes: *nam* suele ser N con línea secante en uno de sus trazos o en toda la letra; *nec*, por el contrario, se suele abreviar mediante una N con apóstrofe.

⁴² Pág. 17, nt. 32.

⁴³ Las cuestiones metodológicas siguen planteando interesantes discusiones: véase, últimamente, AVENARIUS (ed.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Colonia 2008, y en concreto la «Abschlußdiskussion» (págs. 383 s.). Entre otras cuestiones, se trató sobre la crítica interpolacionística, que sin duda tiene un valor fundamental en la correcta hermenéutica de las fuentes jurídicas, pero que conlleva no obstante el riesgo de convertirse en un tentador instrumento para hacer que las fuentes digan lo que exactamente encaje en nuestras construcciones dogmáticas previas.

contenido de estos fragmentos es aún aceptable (de hecho, él considera que la equiparación entre depósito y secuestro, que como hemos visto era para Albertario y Beseler indicio de interpolación, aparece ya en textos clásicos «unberührten»)⁴⁴. Para Siber, la distinción entre secuestro *omittendae possessionis* y *custodiae causa* es julianeá, así como los efectos que se les atribuye respectivamente. Por citar a otro romanista que aplica esta metodología al problema de la posesión del secuestratario, quién mejor que Kaser, que en coherencia con estos sus conocidos planteamientos metodológicos acepta la información del texto y considera que la posesión interdital se transmite o no en función del objetivo del negocio («Geschäftszweck»), y que esta transmisión posesoria interrumpe la usucapción del concedente⁴⁵.

Por mi parte, considero que el problema central consiste en la determinación del significado exacto de la palabra «*possessio*» tal y como aparece en estos textos: al no aparecer con adjetivo calificativo alguno, no sabemos si se está tratando de la *possessio naturalis*, *ad interdicta*, o *ad usucapionem*. Esta indefinición hace que cada

⁴⁴ Por ejemplo, en D. 16,3,6 (Paul. 2 ad ed.):

Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur

Vid. SIBER, *op. cit.*, pág. 113.

⁴⁵ Vid. KASER, RPR I², pág. 389, nt. 36. SIBER, *op. cit.* pág. 114, acepta la posibilidad de una concesión de un «relativer Besitz», atestiguado según el también en el caso de la prenda, de efectos limitados. La idea de una transferencia posesoria graduada en función del fin del negocio («Geschäftszweck») se remonta a IHERING (*Der Besitzwille - Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena 1889, reimpr. Aalen 1968, esp. págs. 383-384) quien consideraba que la única distinción entre el secuestro *omittendae* y el *custodiae causae* es si interrumpe la posesión o no... pero no duda que en la *custodiae causa* se es poseedor interdital, puesto que, según él, esto se da por descontado (pág. 382: «liegt auf der Hand») para el secuestro: «praktische Zwecke sind es gewesen, welche die Römer bestimmt haben, in den vier obigen Verhältnissen [entre ellos el secuestratario] in denen der Willenstheorie zufolge Detention hätte eintreten müssen, Besitz anzunehmen. Ohne die Selbständigkeit, welche der Besitz der Partei gewährt, wäre der Geschäftszweck derselben gar nicht erreichbar gewesen. Für die Frage, ob im abgeleiteten Besitzverhältnis Besitz oder Detention eintritt, ist ein und derselbe Gedanke maßgebend: der Zweck. Die richtige Fassung des Problems lautet so, wie ich es in der Überschrift bezeichnet habe: Teleologie des abgeleiteten Besitzverhältnisses» (pág. 384). En este sentido, KASER admite (ZSS 64, pág. 390) que la situación de los tres poseedores anómalos era «normwidrig» hasta que se admitió la relevancia de la «Besitzwille» a comienzos de la época clásica, a partir de la cual se justifica jurídicamente su excepcionalidad.

autor que trate el problema interprete esta palabra según su propio criterio.

8. ANÁLISIS DE LOS TEXTOS

Hechas estas premisas metodológicas, paso a hacer mi propuesta de lectura: dado que un primer problema en la exégesis de estos textos es decidir en qué orden se interpretan, considero que se deben estudiar primero las fuentes con contenidos más generales para pasar después a las más concretas; por ello creo oportuno empezar por *D.* 16,3,17,1 (Florentino), donde se trata el depósito en general y el secuestro como caso particular, y después *D.* 41,2,39 (Juliano), que estudia ya dentro del secuestro sus dos variedades.

Así, sigamos la línea de explicación del texto de Florentino, sin preocuparnos de momento por la discusión relativa a su división en proposiciones, sino deteniéndonos en el sentido del mismo e intentando incorporar a lo ya leído los datos de cada nueva idea que aporte el texto:

Rei depositae proprietas apud deponentem manet

Ningún problema: el depositante sigue siendo propietario; esto es la regla general en el depósito.

sed et possessio,

He aquí la palabra clave, cuyo significado debemos precisar: «*possessio*» aquí no puede ser la detentación (*possessio naturalis*) porque sin la entrega de la detentación no habría depósito, y por tanto no puede «*apud deponentem manere*». Esto nos deja una doble opción: o el texto está diciendo que el depositante conserva la posesión pretoria al entregar la cosa (legitimación activa *ad interdicta*, como propietario que es), o que mantiene la civil para la usucapión. Pero Florentino dice que esta «*possessio*» del depositante desaparece en un determinado caso:

nisi apud sequestrem deposita est, nam tum demum sequester possidet;

La posesión la tiene ahora el secuestratario, sólo en esta variedad de depósito como caso excepcional («*tum demum*»), y no el

deponente, como se deduce del «*nisi*». ¿Ha habido una transferencia de la posesión? Así parece, puesto que, en mi opinión, la controvertida expresión «*deposita est*» se refiere precisamente a la *possessio*, y no a la *res*. Aunque, como decía Guarino, según la definición dogmática del depósito lo que se deposita es la *cosa*, y no la posesión (de ahí que considere sospechoso el texto), creo que en este caso el jurista se refiere efectiva y conscientemente a la *possessio*, y ello por dos razones: la primera, de carácter sintáctico, porque la palabra «*res*» aparece demasiado lejos en el texto, quedando más cerca «*possessio*» de «*deposita est*», y siendo por tanto más susceptible de ser elidida en la proposición siguiente sin problemas de comprensión para el lector; la segunda, porque el jurista, quizá consciente de lo bizarro de su expresión, se ve obligado a explicar lo que ha querido decir en la proposición final del texto:

id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat

El jurista se esfuerza por explicar que la «*depositio possessionis*» se realiza para un fin concreto: para que ese tiempo (*id tempus*) en que la cosa permanece en poder del secuestratario no «avance a favor de la posesión (en dativo: «*possessioni... procedat*») de ninguno de los litigantes (*neutrius*).

Con estos datos, podemos ya empezar a pensar de qué posesión habla el jurista: descartada la posesión natural, que se transmite siempre y no permanece nunca en el deponente, tampoco se puede tratar de la *possessio ad interdicta*, puesto que ésta es perfectamente compatible con la posesión *ad usucapionem*; esto es no sólo cosa sabida por todos, sino que precisamente al principio de este trabajo hemos comentado textos referentes al precarista y al acreedor pignoraticio que establecían expresamente este principio. En dos palabras: si se estuviese hablando aquí del otorgamiento de la posesión pretoria al secuestratario, esto no tendría por qué interrumpir la usucapión⁴⁶.

⁴⁶ KASER, *RPR I*², pág. 389, nt. 36, respeta el contenido de los textos, y estima que el otorgamiento de la posesión interdital se otorga o no en función del «Geschäftszweck», basándose en el texto de Juliano; sin embargo, estima que esta posesión no es compatible con una *possessio ad usucapionem* del depositante, poniendo así en relación el texto de Florentino con el de Juliano. D'ORS, por su parte (*op. cit.*, § 470 nt. 2) opina que el secuestratario es sin más un poseedor pretorio, pero que el deponente no puede usucapir; así interpreta D. 41,2,39 (consi-

Del texto de Florentino, por tanto, no podemos decir que en él se afirme que el secuestratario tiene la posesión interdical; las referencias a su posesión son en otro sentido. Esto deja fuera al texto principal en el que se apoya la opinión tradicional que atribuye al secuestratario la posesión pretoria. Pero, cuidado: *tampoco la excluye*; sencillamente, este texto no trata de ella.

Veamos ahora si estas conclusiones extraídas del texto de Florentino cuadran con la exégesis del de Juliano:

Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res

El jurista afirma que es importante distinguir la intención con la que se deja la cosa litigiosa en secuestro, o lo que es lo mismo: que el negocio tendrá diferentes efectos en función de la finalidad que las partes quieran darle. Veamos la primera de ellas:

nam si omittendae possessionis causa,

Aquí creo que Nicosia tenía razón al afirmar que el jurista evita conscientemente la expresión «*possessionem transferre*», puesto que de nuevo no parece que se esté refiriendo a la posesión pretoria —la tenga o no el secuestratario, ahora no se está hablando de eso—, sino a esa posesión que interrumpe la usucapión de los litigantes y que tanto les cuesta definir a los juristas⁴⁷: si antes Florentino necesitaba explicar el sentido exacto de «*depositio possessionis*», ahora Juliano prueba a explicarse con «*omissio possessionis*», para un negocio que tiene los mismos efectos que en el texto de Florentino:

(et hoc aperte fuerit approbatum), ad usucapionem possessio eius partibus non procederet;

Estas dos proposiciones no pueden ser más enjundiosas: por una parte, aquí el efecto de la «*omissio possessionis*» de Juliano es el mismo que el que tenía la curiosa «*depositio possessionis*» de

derándolo interpolado) en conjunción con D. 16,3,17,1. Serían los compiladores los que, más tarde, admitirían que la posesión del *sequester* corra a favor de quien venza en el litigio.

⁴⁷ De hecho, los Basílicos son también muy cuidadosos en la ambigüedad terminológica, al recoger este texto: en *Bas.* 50,2,38(39) se utiliza la expresión «ἀναχωροῦντες τῆς νομῆς», literalmente «los que se retiran de la posesión».

Florentino, pues también aquí se impide que corra el tiempo a favor de la usucapión de las partes (verbo técnico «*procedo*», otra vez). Por otro lado, para explicar esta posesión del secuestratario que interrumpe la usucapión de nuevo aquí se está evitando el término común «*transfero*», recurriendo al inusual «*omitto*». Además, se constata que el efecto se produce siendo poseedor el secuestratario («*possessio eius*»⁴⁸). Por fin, la excepcionalidad de esta variedad de secuestro parece quedar subrayada por el hecho de que, para conseguir este efecto, el objetivo debe ser «*aperte (...) adprobatum*»⁴⁹. Y parece lógico que sea así, puesto que la segunda variante de secuestro es la normal a la que las fuentes nos tiene acostumbrados («*custodiae causa*»), y que es compatible con la posesión *ad usucapionem* del vencedor:

at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem uictori procedere constat

Obsérvese en que esta proposición se hace referencia a la *possessio* del secuestratario; se podría pensar que, en este caso, sí que estamos por fin ante una referencia a la posesión pretoria del mismo, puesto que reúne alguno de sus rasgos característicos: se dice en el texto que el secuestratario es poseedor, y además que su posesión es compatible con la *ad usucapionem* de las partes. ¿Se podría pensar, finalmente, que la posesión de este segundo tipo de secuestro («*custodiae causa*») sí es por fin la posesión pretoria, ya que se dice que no afecta a la usucapión de las partes? ¿Tendríamos ya la prueba de que el secuestratario posee *ad interdicta*, al menos cuando la entrega es *custodiae causa*? El problema es que la posesión a la que aquí se alude es *la misma* que la de la proposición anterior, ya que en la ésta se habla de «*eam possessionem*», y aquella, como hemos visto ya, era una posesión que nada tenía que ver con la pretoria.

Aún así, podríamos forzar el razonamiento, intentando salvar la tesis tradicional, suponiendo que el secuestratario recibe por defecto en los dos tipos de secuestro una posesión pretoria *custodiae*

⁴⁸ Aquí «*eius*» se tiene que entender «*rei*».

⁴⁹ En este sentido, quizá no se deba ser tan crítico con el término «*mens*», como ya hemos visto que hacía GUARINO (*uid. supra* pág. 16): es posible que aquí no se refiera a la *uoluntas* de las partes y su exteriorización, sino a una forma de hacerla expresa ante el pretor, por su excepcionalidad, que no tendría porqué resultar extraña en derecho clásico.

causa, que le atribuiría la legitimación *ad interdicta*, y a la que además, de modo excepcional, se le podría dotar del efecto secundario de interrumpir la usucapión, si la *mens* del negocio era ésa y fuese *aperte approbatum*.

Pero esta interpretación —que, como digo, apoyaría la tesis tradicional— dejaría una cuestión sin solucionar: el secuestro «*omittendae possessionis causa*» de Juliano era el que estudiaba Florentino, y de él se decía que «*tum demum*», «sólo entonces», el secuestratario posee. Por tanto, Florentino considera «poseedor» al secuestratario cuya posesión interrumpe la usucapión, y eso vale para el *omittendae possessionis causa*, pero no para el otro: según Florentino, el secuestratario *custodiae causa* no posee.

Quizá es sólo una cuestión de terminología, derivada por la ausencia de adjetivos junto al término *possessio*; si esto fuese así, quizá Florentino esté usando el término «*possessio*» en el sentido técnico estricto que a él le interesa (posesión que interrumpe la usucapión, y entonces sólo considera posesión la constituida «*omittendae possessionis causa*», en terminología de Juliano); tal vez reserve Florentino otro término diferente (que no aparece en el párrafo, porque no trata de ello) para la posesión del secuestratario *custodiae causa*: por ejemplo los verbos «*teneo, habeo, utor*», que se reservaban a la detentación. Pero esto nos llevaría a pensar que la «*possessio custodiae causa*» de Juliano no sería sino una mera *possessio naturalis* que, como en efecto dice el texto, no interrumpe la usucapión⁵⁰.

9. RESULTADOS

En conclusión, creo que el estado de las fuentes nos obliga a ser muy cuidadosos al tratar sobre la posesión pretoria; en concreto, debería llevarnos a constatar que los tres poseedores anómalos que tradicionalmente se han citado juntos y de modo desproblematicado lo son sólo con tres diferentes grados de plausibilidad:

— El precarista, sin duda alguna, puesto que los textos hacen referencia expresa a su legitimación interdictal, y aparece en la cláusula de posesión viciosa de los interdictos.

⁵⁰ Si se desea ahondar en la discusión terminológica, véase ARICÒ (*op. cit.*, págs. 246-247, y nt. 74), donde se llama la atención sobre D. 41,2,10,1 y D. 41,5,2, en los los juristas (y entre ellos el mismo Juliano) se esfuerzan por delimitar la diferencia entre «*possidere*» y «*in possessionem esse custodiae causa*».

— El acreedor pignoraticio, con una alta probabilidad, porque su condición de poseedor protegido por el pretor, si bien no expresa en los textos, sí puede deducirse de ellos sin mayores problemas, y además aparece siempre junto al precarista (poseedor pretorio indudable) en los textos jurisprudenciales que tratan la posesión interdictal.

— El secuestratario, sólo con muchas cautelas: los argumentos que aconsejan su inclusión en la categoría de los poseedores anómalos son más de tipo racional (utilidad de la protección pretoria a esta figura) que textual. Y es que, por un lado, los juristas no le citan junto al precarista y al acreedor pignoraticio, que siempre aparecen juntos; por otro, los dos textos que tradicionalmente se alegan para justificar su posesión pretoria no son un buen argumento: prescindiendo del hecho de que se suelen considerar interpolados, aún intentando salvar la esencia de su contenido no constatan expresamente la posesión pretoria del secuestratario, y son difícilmente coordinables entre sí en cuanto a su sentido. Es cierto que estos dos textos no excluyen que el secuestratario posea *ad interdicta*, pero tampoco se les debe hacer decir lo que de hecho no dicen. En cualquier caso, creo que constituye mejor apoyo *D.* 41,2,39 (Juliano) que el tradicionalmente aducido en los manuales de Florentino (*D.* 16,3,17,1).